

期待可能性论对预防刑罚观之 实践问题的消解

童德华*

目次

- 一、问题：两种观念的交结
二、期待可能性作为责任论的核心概念
三、期待可能性论对刑法过度化的抵制
四、期待可能性论在网信犯罪司法适用中的
检验

摘要 期待可能性论与预防主义刑罚观是两个不同范畴、不同功能的刑法理论，二者出现了结合的态势。积极预防刑罚观导致刑法过度化问题，“立法要扩张，司法要谦抑”，需要运用责任论加以限制。责任理论也朝着机能化方向发展。期待可能性是现代责任论的核心。机能责任论作为一种升级版的规范责任论，在其理论框架中，期待可能性概念的地位虽然受到了一定限制，但并没有被完全否定，而是作为决定行为人对法律态度的一个根据被提出来。期待可能性依然具有刑法合理评价的价值，积极的一般预防主义本身也不排斥期待可能性，相反，应借助期待可能性论纠正一般预防观在实践中扩大打击面的弊端。我国立法规定为运用期待可能性论宽恕犯罪人提供了必要的空间，但现行教科书将期待不可能性作为无罪过事件并不科学。只有在刑事责任范畴中确定期待可能性论，才可以有效维持期待可能性论的两种评价功能。对网信犯罪的处理，可以进一步验证该理论的合理性。

关键词 期待可能性 机能责任论 预防主义刑法观 刑事责任范畴 网信犯罪

一、问题：两种观念的交结

首先，在传统观念中，期待可能性论与预防主义刑罚观是在两个不同范畴中、具有不同意义的刑法理论。第一，从范畴上看，期待可能性论是规范责任论中的核心概念，而一般预防主义刑罚观无疑属于刑罚论的范畴。第二，从概念作用的对象看，前者针对的是实施不法行为之人，后者针对的是一般民众。第三，二者的功能完全不同。期待可能性及事由是根据行为人在具体行为时的情节，判断其

* 中南财经政法大学刑事司法学院教授、法学博士。本文系 2022 年最高人民检察院重点课题《数据资产刑事司法保护研究》(项目编号: GJ2022B12)的阶段性研究成果。

有无实施合法行为的可能性。如果行为人没有实施合法行为的可能性,则认为行为人没有责任,其行为就不构成犯罪或者刑罚被减免。而一般预防主义刑罚观分为积极预防和消极预防两种方式,前者强调通过刑法规范引导一般民众遵守规范,不违法犯罪;后者强调通过刑罚的威慑作用防止社会一般民众犯罪。^{〔1〕}无论是积极方式还是消极方式,它们均着眼于令一般民众服从、遵守和认同刑法规范,防止实行犯罪的行为。无论如何,预防主义刑罚观已经成为当下刑法的重要内容。

其次,根据我国现实理论状况,两个理论在实践中的地位也很不一样。期待可能性论似乎是一个已经或者正在衰落的理论。我国自20世纪90年代之后,陆续有一些学者研究过期待可能性,在他们的共同努力之下,期待可能性概念在我国马克思主义理论研究和建设工程重点教材的刑法教科书中获得了一席之地。^{〔2〕}但是,社会的迅猛发展导致刑法学界对期待可能性论以及与之密切关联的责任理论产生了不同认识。时至今日,期待可能性论还有如下问题值得澄清:第一,期待可能性论的价值是否凋零;第二,期待可能性论的价值是否只能经由德日刑法理论发挥;第三,期待可能性论的价值如何在我国传统刑法体系中生成;等等。与之形成鲜明对比的是,一般预防主义特别是积极的一般预防主义刑罚观正在兴起,受到了理论和实务界的重视,在刑事立法与司法中得到了广泛采用。进一步看,期待可能性论更多展现了刑法的谦抑性品格,而一般预防主义刑罚观则存在与谦抑性相冲突的可能。

但是,责任作为对不法行为的评价,其对刑罚无疑具有实践上的限制功能。采取积极的一般预防主义刑罚观,存在导致刑法打击面过大、处罚范围和尺度不合理等刑法过度化问题。^{〔3〕}研究中有两种不同观点:一种认为,期待可能性论对人性弱点的尊重,决定了它对于积极缓和法律的严苛与人性弱点、妥当处理呆板的法律规范与不断发展的社会要求之间的矛盾具有重要意义;^{〔4〕}还有一种观点认为,“承认期待可能性只会消减刑法的一般预防功能,阻碍刑法理论的精细化发展”。^{〔5〕}按照后一观点,似乎期待可能性论和积极的一般预防主义是相抵触的。对于这两种立场究竟应如何评价,无疑是非常有意义的话题。

二、期待可能性作为责任论的核心概念

(一) 期待可能性论实现了责任理论的规范转向

时至今日,我国刑法学界赞成期待可能性论的学者居多,反对期待可能性论的学者只是少数或者个别的。肯定观点与否定观点的差别在于要不要对责任从规范应答性上进行理解。值得关注的是,一些否定观点主要在意期待可能性论与现代社会的刑法机能之间可能存在的冲突。除了上述直接反对期待可能性论的观点之外,还有学者认为,期待可能性论标准模糊笼统的内生缺陷使其容易被滥用,具有多重风险,因此对其持反对态度。^{〔6〕}这种观点显然并没有重视规范应答

〔1〕 参见周光权:《通过刑罚实现积极的一般预防——国内首起“黄牛”抢购软件案评析》,载《中国法律评论》2018年第2期,第143页。

〔2〕 参见贾宇主编:《刑法学》(上册),高等教育出版社2019年版,第180—181页。

〔3〕 参见何荣功:《自由秩序与自由刑法理论》,北京大学出版社2013年版,第68—85页。

〔4〕 参见刘艳红:《调节性刑罚豁免事由:期待可能性理论的功能定位》,载《中国法学》2009年第4期,第115页。

〔5〕 王钰:《适法行为期待可能性理论的中国命运》,载《政治与法律》2019年第12期,第123页。

〔6〕 参见董文蕙、吴辉龙:《期待可能性理论的体系风险及中国态度》,载《华南理工大学学报(社会科学版)》2020年第3期,第56页。

问题在责任中的意义,问题起因于两个层面:

一方面,我国有些学者认为期待可能性论在德国受到了冷落,理由仅仅在于德国学者采取了机能责任论而没有采取规范责任论。他们试图通过机能责任论与规范责任论的对立把握期待可能性的意义,即肯定规范责任论就意味着肯定期待可能性概念,否定规范责任论就否定期待可能性概念。但是,这种观点并不妥当,我们不能因为德国现有责任理论超越了规范责任论就以为期待可能性概念被抛弃了。当前德国的主流责任理论虽然不是规范责任论,但是期待可能性论在德国责任论中仍然具有重要地位。^{〔7〕}

另一方面,我国学界还是坚持从事实层面对责任进行理解,所以很少考究规范责任论之后责任理论的规范转向。当然,这个问题在很大程度上与刑法理论长期以来没有彻底澄清责任的根本性含义,从而对责任的理解存在缺失有关。具体而言,我国学界在讨论期待可能性机能的时候,通常不是根据责任的根本性含义提出其机能,而是基于它与故意或者过失、责任能力的具体关系把握它的机能。结果,如有学者所指出的那样,关于期待可能性地位所遇到的具体问题停留于:是应当在故意论、过失论之中还是之外加以讨论。^{〔8〕}总之,对责任含义及其机能缺乏统一认识,导致期待可能性的理论研究缺乏规范性责任理论的支持。

刑罚适用建立在责任评价的基础之上。但在我国刑法结构中,刑事责任论长期以来存在空心化的问题,其中缺乏实质评价要素,刑事责任与有责性究竟存在何种关系也不明确,所以我们有必要借鉴德国责任论重构我国的刑事责任论。一方面德国学者重视责任理论研究,另一方面德国责任理论具有时代引领性。在德国刑法史上,责任理论被当作刑法进步的“晴雨表”。德国责任理论先后经历了心理责任论、规范责任论、机能责任论和交谈责任论等。在近代的心理责任论阶段,责任被视为一种精神事实,导致责任论长期陷入意志自由这个先验性问题而无法自拔,所以期待可能性不是责任评价的重点。但是,自规范责任论以后,责任论的范式发生了根本性的变化,规范责任论将责任理解为行为人对法律规范的错误态度,从而导致了责任评价从事实向规范的结构性转向。其中,期待可能性逐渐发展成为现代责任评价的核心概念。

(二) 机能责任论阐释了责任评价的国家标准

如前所述,并非只有坚持规范责任论且反对机能责任论才能找到期待可能性在责任理论中的位置。其实在机能责任论中,期待可能性的地位依然是不可替代的。雅科布斯无疑是机能责任论的重要代表,我们可以通过对其机能责任理论的分析找到答案。雅科布斯的机能责任论把责任理解为一般预防性的归咎,或者认为“罪责是由目的确定的”,反言之,“只有目的才给了罪责概念以内容”。^{〔9〕}但在雅科布斯的责任论中,期待可能性的地位却是极为鲜明的。

首先,期待可能性是机能责任的前提。第一,行为人遵守规范是期待可能性的内容。按照雅科布斯的观点,“谁被定义为人格体,谁就被期待着去遵守规范;人格体和遵守规范二者按照定义就被联系在一起”。^{〔10〕}在他看来,国家是根据一般性要求设定规范的,所以国家有权设定强制性规范。但是它并不能随意设定强制性规范,而必须考虑规范是否具有为一般人所能应答的可能性。第二,对规范缺乏应答是归责的必然结果。国家设定规范是根据一般人的能力要求人们为或

〔7〕 具体否定观点可参见张明楷:《期待可能性理论的梳理》,载《法学研究》2009年第1期,第68页。

〔8〕 同上注,第62页。

〔9〕 [德] 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第567页。

〔10〕 [德] 京特·雅科布斯:《规范·人格体·社会——法哲学前思》,冯军译,法律出版社2001年版,第80页。

者不为某个行为,不可能根据行为人能力确定期待可能性标准。当行为人没有应答相应规范的要求而从事不法行为时,一般就可以进行非难。总体上,适法行为的期待可能性通过一般性规范要求表现出来,如期待任何人在无客观上的合理理由时都不得杀害他人,被设定的规范要求人们必须遵守而不得反抗,个体不得对该规范直接予以抵制。第三,当缺乏规范应答能力时不可强行归责。责任判断是根据社会一般期望的明确尺度进行的,但是行为人的现实情况也必须得到法律的合理关切,立法者不仅不能随意设定“强暴诸个体”的规范,而且还要“吸纳诸个体的利益”,这样的规范才能被认为是有效、有意义的规范。总之要“把人格性限制在可期待的领域”,其中关联的问题就是费希特所谓的紧急权,“它是作为被所有的立法认为是完全特免的权利”。^{〔11〕}

其次,期待可能性不会削弱机能责任评价进而削弱刑法。或许有人担心对期待可能性的接受会导致法律禁令失去效力。雅科布斯却认为,对期待可能性的承认并不必然导致规范的系统性崩溃。他提出,从整体秩序看,不应过度保护社会秩序。其一,在一个社会之内存在着不同的规范性系统,这些不同的规范性系统以不同的秩序观念为基础;其二,这些秩序中的某一秩序未遭受侵犯,并不能说明其他秩序就是合理的;其三,不能期待某种行为,并不能说明所有的秩序处于平衡状态之下。据此,当不法侵害的行为人侵犯了某个权利所有人的合法权利时,显然不能期待合法权利人对不法侵害人进行攻击,所以,在法秩序之中就应允许权利人通过防卫来阻止不法侵害,并且允许在防卫时利用他人的帮助。^{〔12〕}雅科布斯区分了不同位阶的规范体系和不同层次的法律秩序,并将期待可能性的考虑隐含在整体性的秩序考量之中,以说明接受期待可能性不会削弱刑法秩序。

再次,机能责任论只是意味着对期待可能性的严格限制。雅科布斯认为,期待可能性事由在本质上是一种宽宥,只是对这种宽宥的适用要进行严格的限制。其一,这种宽宥的适用不能破坏人格体秩序的可能性,换言之,为了确保人格性秩序不被不法行为所毁坏,“谁在其应该是人格体的地方作为个体去行动,谁就不得因此而逃脱他将自行作为人格体承担因人格性所产生的结果这种期待”;其二,必须承认在有些特殊场合可能因不可期待性而撤销对人格性的期待,但是这些场合限定在“个体明显无法发现他的幸福生活”且不会阻止冲突解决的时候;^{〔13〕}其三,如果群体的秩序不能以其他形式来维持,那么就会期待个体牺牲其生存。最终,为了实现不可期待性的归责,可以采取两种路径:一是把冲突归责于另一些人格体,二是把冲突定义为对日常社会没有意义的例外情况。结果,“只有在责任判断没有损害规范的秩序任务时,在责任判断时才会进行个体化”。^{〔14〕}

从表面上看,机能责任理论似乎抛弃了期待可能性,但是,它不过是发展了规范责任论,而将期待可能性包裹得更为严实。其主要原因是德国对期待可能性的判断要求走上了政策化和机能化的道路。在判断期待可能性之有无的标准问题上,德国过去只有行为人标准说和一般人标准说,而没有日本理论中的国家标准。如果从国家标准的视角看,机能化或者政策化都具有国家标准的属性。我们可以说,机能责任论是一种升级版的规范理论。在机能责任论的框架中,期待可能性事由虽然受到了一定限制,但并没有被完全否定,而且是作为决定行为人对法律态度的一个根据被提出来的。

(三) 交谈责任论揭示了期待可能性的根源

在德国机能责任理论之外,有代表性的还有金德霍伊泽尔和罗克辛的交谈责任理论。尽管罗

〔11〕 见前注〔10〕,京特·雅科布斯书,第83页。

〔12〕 同上注,第84页。

〔13〕 同上注,第85页。

〔14〕 同上注,第87页。

克辛认为自己的理论与金德霍伊泽尔的理论有很大差异,但是二者实则都是交谈责任理论的分支。如果说早期的规范责任论旨在显示行为人对法律规范的错误态度的话,那么机能责任论则提供了行为人对法律规范保持忠诚的保证方式,而交谈责任论的进步则在于论证了行为人对法律规范保持忠诚的内在原因。

金德霍伊泽尔认为,交谈责任理论试图建立责任和规范的合法性之间的关系。该理论认为,行为人不仅是法律上受责难的规范接收者,还是缔造这种被他破坏的规范的主人。这种缔造规范的活动存在于法治国的民主之中。在一个民主的社会中,自治而有人格的各个人对于其利益(可能)应当得到怎样的协调和处理有着对应的理解,当这种理解以法律的形式明确表示出来后,就成为各种规范。当行为人作为规范的缔造者时,他和其他人就确定了这种理解。在民主社会中,每个人都谋求改变规范,但必须注意到他人权利的存在,交往性地参加这种理解的过程。如果行为人破坏了规范,就否定了规范赖以存在的根基,否定了其他参加者的理解。简单说,行为人不按其他人的理解行事,并通过自己的犯罪形式表现了他的不诚实,此等对法规范的不诚实便是实质的责任。“民主社会的刑法中的罪责,就会和神权政体或专制政体下刑法中的罪责有所不同。”^[15]总体上看,交谈责任论所要解决的是行为人为何要保持对法律的忠诚这个前提问题。

罗克辛也提出,责任应当被理解为不顾规范可交谈性的不法行为。他认为,责任是一种混合了经验和规范的现实,经验方面要确定的是对自我控制能力和因此存在的规范的可交谈性,规范方面则是从经验的结果中引导出的对合乎举止行为的可能性。其意义在于,通过禁止和命令两种方式通常会使人们进行忠诚于法律的举止。所以,在不作为犯和过失犯场合援引期待不可能性限制可罚性依旧被人认为是合理的。^[16]罗克辛认为,金德霍伊泽尔的理论虽然与自己的观点在结果上“非常接近了”,但是,金德霍伊泽尔至少有一个问题是明显的,即“对责任的预防性成分也给予了太少的注意”。^[17]在他看来,责任概念要以刑罚的社会正当性为依据,以更好发挥保护自由和法治国的功能。此外,责任还必须从预防角度出发保持对目的的追求,保持在法治国的限度之内,同时为一种理性的刑事政策服务。^[18]不过,其出发点与交谈责任论无实质差异。

罗克辛对机能责任进行了深刻检讨,认为该理论将“个人作为稳定社会利益的工具”,是违反宪法的思考,而且标准也不明确。^[19]他将责任理解为“不顾规范可交谈性的不法行为”。在此,他承认自己和金德霍伊泽尔观点的亲近性,认为责任要从两个方面考虑:一方面是在一个人触犯刑法时,就会产生动摇一般法律意识的效果,在这些规范通过对行为的刑事处罚而主张自己的效果时,这种动摇将被重新排除,以免社会陷入无秩序状态;另一方面,对于一些因为特殊原因不能期待其遵守规范的人,即便他们触犯法律,社会并不会对自己的期待感到失望,一般的法律意识也不会动摇,宽大行为人并不会鼓励其他人模仿行为人的行为。^[20]他自诩自己的观点可以更好地发挥责任原则保护法治国和自由的功能,但是,其中明显隐含着一般预防的考虑,不然其就不会考虑到违法行为对一般法律意识效果动摇的后果。退一步说,当他将责任评价与理性的刑事政策挂钩时,就不可避免于一般预防刑事政策的影响。他承认“基于刑罚目的的理论,这一部分刻上了刑事

[15] [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第211页。

[16] 同上注,第213页。

[17] 见前注[9],克劳斯·罗克辛书,第571页。

[18] 同上注,第571页。

[19] 同上注,第567页。

[20] 同上注,第571页。

政策的烙印”。^[21]“在具有相同罪责程度的情况下,有关预防的观点也决定着需罚性。”^[22]他还明确指出,只有在严重生命危险之高压下采取的行为,考虑到其有着非常规的不可重复性,才不从一般预防或者特殊预防的角度进行考虑。^[23]这种思路决定了期待可能性评价的一般标准。

三、期待可能性论对刑法过度化的抵制

(一) 期待可能性是刑法实现合理化评价的重要手段

虽然概念使用可能不同,但是与德日刑法中期待可能性事由类似的概念在不同国家都存在,在某种程度上说明期待可能性概念具有现实意义。

首先,在期待可能性论的母国——德国,该理论起源于“癖马案”,经由弗兰克、弗洛登塔尔等人的理论论证,最终成就了取代心理责任论的规范责任论。自期待可能理论奠基以来,虽然其一度遭遇学术界的强烈批评,但是,这种批评主要来自德国纳粹时期奉行刑法威权主义的刑法学者,他们的刑法思想属于非合理主义的产物,^[24]因此不值得对纳粹学者的主张给予注意,关键是战后德国立法与理论的态度。德国刑法典第 33 条规定:“防卫人由于慌乱、恐惧、惊吓而防卫过当的,不负刑事责任。”第 35 条第 1 项规定:“为使自己、亲属或者其他与自己关系密切者的生命、身体或者自由免受正在发生的危险,不得已而采取的违法行为不负刑事责任。”^[25]这些规定被认为是德国学者承认期待可能性事由的结果。

其次,在大陆法系其他国家,期待可能性论在刑法之中也获得了广泛承认。如在日本,该理论被日本刑法学者泷川幸辰、佐伯千仞等人介绍进来后,进一步发扬光大,奠定了其在日本刑法学中的坚实地位。^[26]该理论不仅受到肯定,而且在二战后成为刑法学界的通说。即便在刑事实务中,也不时出现运用该理论的判决。至于在刑法解释学上,其影响面更为广泛,如运用该理论对日本刑法第 104 条、第 244 条进行合理解释,以及在超法规层面上、在极端贫困的情况下实施了轻微盗窃,或者在再就业极其困难的状况下,因上司强索,担心拒绝可能失业而实施的行贿行为,等等,存在运用期待可能性解释的必要。^[27]在意大利,学者广泛采用规范责任论,进而主张用“可原谅的理由”表达期待不可能性事由。^[28]在韩国,总则第 23 条第 1 项的免责的紧急避难、第 21 条第 2 项的过当防卫、第 21 条第 3 项的非通常状态下的过当防卫、第 22 条第 3 项的过当避难、第 23 条第 2 项的过当自救行为、第 12 条的被强迫行为、第 26 条的中止未遂以及分则第 151 条第 2 项、第 155 条第 4 项等就是根据期待可能性的理由解释阻却责任的根据。^[29]

再次,在英美法系也有与期待可能性共通的理论和制度。如有学者认为期待可能性是对被告人行为能力的公平期待,据此,在胁迫的语境下,《模范刑法典》接近德国的期待可能性思想,只不

[21] [德] 克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》,蔡桂生译,中国人民大学出版社 2011 年版,第 41 页。

[22] 同上注,第 43 页。

[23] 同上注,第 42 页。

[24] 参见童德华:《全球结构下中国刑法体系的构造》,北京大学出版社 2021 年版,第 87 页。

[25] 《德国刑法典》(2002 年修订),徐久生、庄敬华译,法律出版社 2004 年版,第 13 页。

[26] 参见童德华:《刑法中的期待可能性论》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 7—17 页。

[27] 参见马克昌:《德、日刑法理论中的期待可能性》,载《武汉大学学报(社会科学版)》2002 年第 1 期,第 9 页。

[28] 参见[意] 杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社 1998 年版,第 256 页。

[29] 参见[韩] 金日秀、徐鹤辅:《韩国刑法总论》,郑军男译,武汉大学出版社 2008 年版,第 390 页。

过强调胁迫的力量是“出于相同境遇下的有合理坚定性的人原本能够抵抗的”。^[30]而且,英美法系中的辩护事由多达十多种,如自卫、无意识、挑衅、受胁迫、执行上级命令等等,其中既存在可用于证明合法化的正当化事由,也具有正当化事由论辩失败后转为宽恕论辩的事由。这些宽恕事由基本上都可以通过期待可能性论进行解释。^[31]

(二) 期待可能性论蕴含了刑法的谦抑性理念

现代社会呈现出风险化的时代特征,这也为积极的一般预防主义打开了大门。^[32]积极的一般预防主义试图通过增强其他民众对法律的忠诚来预防犯罪。积极的一般预防主义与行为规范违反说有内在关联,它们都更加重视行为人对规范的遵守义务。

但是,激进的责任论无助于解决实践中的种种问题。如交谈责任理论,它无疑是根据哈贝马斯的商谈理论建立起来的,但是以商谈理论为基础的交谈责任论建立在民主制度的理想构想之上,无法对现实问题给予积极回应。首先,现代民主社会还有诸多不平等问题,妨碍民主政治的培育和发展;其次,民主政治的缺陷导致刑法立法中存在结构性缺点;再次,现代民主并没有发展到每个公民都会带着主体意识参与社会活动的程度。所以,责任很难通过行为人内在的自觉方式实现。在此意义上,机能责任论更符合实际情形。

首先,必须承认期待可能性论在我国刑法学中有限制刑罚的功能。期待可能性理论尽管是规范责任论的核心概念,但是其与机能责任理论并不矛盾。机能责任论与积极的一般预防主义完全能够相互扶持,即积极的一般预防主义本身并不排斥期待可能性,相反,期待可能性可以纠正积极的一般预防主义的弊端,实现“立法要扩张,司法要谦抑”的内在追求。心理责任理论已经成为历史。即便在我国,主流刑法教科书也诀别了心理责任论而改采规范责任论。这意味着期待可能性可能见容于我国刑法理论之中,例如,行为人在他人威逼之下,持枪杀害无辜拾荒者的场合,此时行为人是实行者,但是因其杀人行为受到了外部强制,实施适法行为的期待可能性明显降低,可将其作为胁从犯处理。

其次,我国“罪一责一刑”的刑法结构具有兼容期待可能性的先机。虽然我国很多学者认为必须根据德日犯罪论体系确定期待可能性的地位,或者认为只有在德日犯罪论体系之下才能找到期待可能性的栖息之所,^[33]或者认为“我国传统刑法教义学采取的是平面式四要件犯罪构成体系。由于该体系未对犯罪构成要件进行违法阶层和责任阶层的区分,从而难以为责任阻却事由之无期待可能性提供容身之处”,^[34]但笔者认为,这些观点有如下问题值得商榷。第一,其忽视了责任评价的本质以及我国刑法的规定。根据我国《刑法》第5条的规定,刑事责任和罪行及刑罚是并列的概念,由此在立法上确立了责任独立于犯罪论体系之外的地位。而且我国的刑事责任概念与英美法系、大陆法系刑法中的责任含义都有同义的地方,即应认为它是对不法行为的责备可能性,故此,“期待可能性也是一种重要的责任要素”。^[35]第二,在犯罪论体系之外确定期待可能性并非没有先例。如在大陆法系部分判例中,期待不可能是作为刑罚宽恕事由被适用的;又如在英美刑法中,与期待可能性事由类似的宽恕事由就是作为犯罪行为事实与心理事实之外的独立评价内容,其前提是承认行为人的行为构成犯罪,但是认为其犯罪有值得宽恕之处。第三,责任有无固然可

[30] [美] 乔治·弗莱彻:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,第606页。

[31] 参见童德华:《外国刑法导论》,中国法制出版社2010年版,第161—165页。

[32] 关于刑法泛化的论述,见前注[3],何荣功书,第69—95页。

[33] 见前注[5],王钰文,第112页。

[34] 钱叶六:《期待可能性理论的引入及限定性适用》,载《法学研究》2015年第6期,第117页。

[35] 见前注[2],贾宇书,第181页。

能影响到犯罪是否成立,但是责任大小与责任有无的地位不同,将其作为决定犯罪是否成立的因素并不合理,这也显示出德日犯罪论体系的内在缺陷。故此,在我国刑法中采取期待可能性,“无论是免责还是减轻责任,必然是在犯罪成立这一大前提下所得出的结论”。^[36]这不仅切合了我国立法规定,而且更能发挥期待可能性事由宽恕犯罪人的功能,有效避免“法外免责”的问题。

再次,现行教科书将期待不可能性作为无罪过事件并不科学。我国有学者认为,不可抗力是无期待可能性的体现。^[37]这种观点并不完全正确,因为不可抗力一般指行为人在客观上虽然造成了损害结果,但不是出于故意或者过失,而是由不能抗拒的原因所引起的情况。^[38]可见,不可抗力是缺乏故意或者过失的非人为情况,其缺乏犯罪构成的主体要件和主观要件,是典型的阻却犯罪构成的要件。而期待可能性则是以不法行为为前提条件,所以将期待可能性解释为不可抗力显然不合适。或许正是基于这种考虑,我国主流刑法教科书并没有将期待可能性置于不可抗力之中,而是将之作为与意外事件、不可抗力并列的无罪过事件。^[39]不过,主流教科书的做法,即将其作为无罪过事件,无异于否定了其不法性质,也不可取。期待可能性是从行为时的具体情况看,可以期待行为人不实施违法行为而实施合法行为的可能性,作为其判断前提的不法行为依然存在。虽然我国刑法学中缺乏责任的明确范畴,我国刑法学界对责任也缺乏理论上的共识,但可以肯定的是,如果将无期待可能性作为无罪过事件,就很难解释行为人所实施的行为是合法的还是违法的,这不仅与德日刑法理论的旨趣大不相同,而且将导致期待可能性解释功能的泛化。

最后,只有在刑事责任范畴中确定期待可能性论,才可以有效维持期待可能性论的两种评价功能。根据我国《刑法》,不宜将期待可能性作为阻却犯罪的事由;将其作为确定是否宽恕以及宽恕程度的刑事责任事由,可以更好发挥其刑罚评价功能。^[40]我国量刑情节虽然分法定和酌定两种,但是实践中法定情节往往针对行为之前的情形,如累犯,或者行为后的表现,如自首、立功,而酌定情节运用不多,存在对一些具有法律意义的事中因素评价不充分的问题,而期待可能性恰恰重视事中因素,可以弥补量刑制度的不足,为之提供更合理的根据。第一是凸现代刑法的宽容功能,发挥刑法谦抑性精神。期待可能性及其事由的运用,主要是考虑到行为时因为存在特殊事由,即便其他人也不能期待其在类似场合实施合法行为,在此场合,如果用刑罚处罚行为人,显得法律过于苛刻且不近人情,无法显示现代刑法追求谦抑主义的宽容价值。第二是维系刑法的一般预防功能。因为期待可能性以一般人或者同类人在行为人的具体场合也不能期待其实施合法行为为基准,所以,在刑法实践中即便惩罚行为人,也不可能产生要求其他人遵守刑法规范的一般预防功能;反之,在刑法实践中就算宽恕了行为人,但是并没有否定行为人的行为构成犯罪,司法决定依旧彰显犯罪宣告功能,从而为其他的行为提供行为规范的指引,无损于刑罚的一般积极预防机能。

四、期待可能性论在网信犯罪司法适用中的检验

(一) 积极预防网信犯罪刑罚的观念

网信犯罪案件处理可以检验期待可能性理论的实践价值。网信犯罪概指与网络技术、网络数

[36] 徐岱:《期待可能性的机能:扩张或紧缩》,载《吉林大学社会科学学报》2002年第6期,第114页。

[37] 见前注[34],钱叶六文,第118页。

[38] 见前注[2],贾宇书,第181页。

[39] 同上注,第180—181页。

[40] 见前注[24],童德华书,第448—453页。

据及网络信息相关联的犯罪。在大数据时代,网信犯罪涉及面极其广泛,既包括以网络技术、网络数据及网络信息为对象的犯罪,也包括以网络技术、网络数据和网络信息为手段所实施的传统犯罪。网信犯罪一般要借助网络平台,并且通过电子通信技术,如电话、QQ、微信、网络、伪基站等开展活动。当前网信犯罪与侵犯财产法益的犯罪密切相关,最典型的当属所谓电信网络诈骗犯罪。之所以要关注以网络技术、网络数据和网络信息为手段实施的侵犯他人财产法益的传统犯罪,是因为这类犯罪出现了产业化发展的态势,而且网络技术、网络数据和网络信息的结合重新定义了传统犯罪的行为要件和主观要件,甚至解构了行为主体参与犯罪的模式,扩展了犯罪结果的广度和深度。在某种意义上,传统刑法理论正面临着来源于网信犯罪的挑战。为此,各国刑法普遍奉行积极的一般预防主义观念。针对网信犯罪的广泛影响,很多学者都指出要强化对该类犯罪的积极治理。有学者主张,“除了依法追究网络平台犯罪的刑事责任,进行事后的一般预防,还应进行积极管控”;^[41]或者认为,对于网信犯罪,应“秉持积极治理主义理念”。^[42]还有学者提出,对于网络时代的犯罪风险,刑法确立了积极预防的理念,改变过往的事后介入,采取前置性的干预,在危险转变为现实的危害之前对其进行规制,优化刑法的干预时机,将新兴互联网金融业控制在法治的底线范围之内。^[43]我们可以结合网信犯罪的立法与司法实践检验上述理论。

需要看到针对网信犯罪规制所导致的刑法系列变化:一是法定犯增多;二是危险犯立法增多;三是行为处置前端化;等等。它们亦造成司法问题集中在两个主要方面,第一个是与行为人的违法性认识有关的犯罪成立问题,第二个是与共同犯罪相关的罪名选择问题。法定犯的增多,意味着行为人对法律需要投入更多的认知,只有在缺乏违法性可能性的情况下,才能例外性阻却行为人的主观犯罪意思。但是,在网信犯罪场合,行为人更主要地体现为违法性认识单薄,并未丧失违法性认识可能性,从积极预防主义出发,自然不能阻却其犯罪意思,因此如果试图从这个方面寻求刑法宽容的根据,其效果可能难以尽如人意。但是,社会风险的增多导致刑法观的转变,风险刑法对行为的介入提前,着眼的主要是制造风险的行为,这容易导致打击范围过于宽泛、重点处罚对象偏离等现实问题。具体而言,以下问题较为突出:

第一,网信犯罪具有平台化的发展趋势,改变了首要分子控制犯罪的方式。尽管目前没有一个关于平台分类的权威标准,但可以发现,在人流聚集、信息交流和交易撮合方面,平台类似于线下的集市和市场。故其既包括提供网络交流的场所,也包括网络应用或服务所需要的环境或条件。^[44]在信息社会中,网络平台处于核心地位,它拥有技术、资金、海量的用户群及个人信息等这些为传统组织机构不可比拟的优势,因此,网络平台相关犯罪随之迅速衍生,无论在深度上还是广度上都产生了传统犯罪不可比拟的影响。^[45]仅仅以网络支付而言,网络支付组织依附平台的运营模式在客观上淡化了其部分经营属性,但同时强化了其他部分的经营属性,从而导致其面临更多的刑事风险。^[46]如首要分子投资设立一个公司,掌握核心事务,即事务信息,所谓的公司内设技术组、通讯组、银行组、金融组、资料组、后勤组等小组,并采取组长制,根据业绩分成。其人员包括技术服务人员、话务人员、取款人员,以及为犯罪团伙提供银行卡和信息的关联人员,除了组长

[41] 皮勇:《网络平台犯罪及其治理对策》,载《中国检察官》2019年第5期(下),第12页。

[42] 王海桥:《信息化背景下金融犯罪的治理结构转变》,载《中州学刊》2021年第5期,第46页。

[43] 参见王燕玲:《新型网络支付的刑事风险与刑法应对》,载《南京社会科学》2020年第12期,第96页。

[44] 参见孙益武:《网络治理中的平台责任:类型化的困境及展开》,载周汉华主编:《网络信息法学研究》2020年第1期,中国社会科学出版社2020年版,第58—59页。

[45] 见前注[41],皮勇文,第9页。

[46] 见前注[43],王燕玲文,第94—95页。

是中间人员之外,其他人员都属于前端行为人。^[47]

第二,网信犯罪行为的片段化,不利于追查幕后首要分子。网信犯罪的产业化特点是通过其公司化的运作方式体现出来的,犯罪人一方面打着公司的名义从事活动,另一方面采取公司化运作模式开展犯罪分工。此类公司成立的目的是实施犯罪,所以不应将其作为单位犯罪,但却可以成立共同犯罪。网信犯罪的运作模式其实并不复杂,简单说就是通过电信、网络等新媒体平台扩散虚假信息,主要针对不特定人群,实现线上线下全覆盖、撒网式“钓鱼”,使得更多人群遭遇陷阱。其一般路数是:网信犯罪的首要分子出资成立作为犯罪掩护的公司,并在幕后操纵整个犯罪活动;进而,雇佣人员为犯罪搭建网络平台,提供电信服务器及改号服务;并且雇佣人员拨打电话、接听回拨电话,负责发送虚假信息;最终还要雇佣人员到各地转、提现,将赃款转移到不同账户,最后通过地下钱庄转移。^[48]但是,网信犯罪的行为方式并非没有异于传统的地方,犯罪首要分子为了实现犯罪规模化,在行为主体的内部结构上做了很大调整,如进行车间化改造,将网信犯罪分解为“获取公民信息”的犯罪车间、“实施核心诈骗”的犯罪车间和“转移赃款”的犯罪车间。^[49]这样做的意义在于将犯罪参与者分为三大环节:其一是在幕后进行组织和支配活动的操纵者;其二是处在中间环节进行前后信息联络和沟通的间接行为人,他们只发挥部分组织和领导作用;其三是处在前端、实施构成要件行为的前端行为的直接实行人。如此一来,一方面犯罪组织化程度越来越高,但另一方面车间的独立性却越来越强,或者说,通过使犯罪团伙呈现出既松散又聚合的特征,强化首要分子在幕后的操纵性和支配力,但又保证其后的不同环节互不交叉,人员互不交流乃至互不认识,中间人员和底层人员参与、退出流动频繁,且底层雇员可能不知道负责人的真实身份,从而增加司法查处共同犯罪中犯意共同联络的难度。^[50]

第三,网信犯罪行为人和受害人的非接触性,增加了共同犯罪识别难度,增加了直接实行人在责任评价中的权重。在传统财产犯罪中,由于行为人和受害人往往有直接接触,因此行为人对受害人的错误诱导具有直接的现实支配性,受害人因此在司法适用中基本上属于无需考虑因素。但是,在大数据背景下,幕后操纵者和受害人呈现为非接触方式,直接行为人与受害人的交往基础往往依赖于网络信息的不对称沟通,行为人与受害人如何建立必要的信任,从常理上讲似乎较过去更为复杂和困难。但是,现实并非如此,直接实行人与受害人的信任似乎更为简单和直接,因此,直接实行人往往成为司法适用中被充分考虑的因素,而受害人或者外部支持因素没有被考虑。在很多时候,网信犯罪的受害人缺乏甄别网络信息真实性的能力,或者缺乏对网络虚假信息的防范心理。^[51]除了被害者自身的个体因素之外,由于缺乏有效的社会支持导致犯罪信息无法及时被阻截,受害人更容易成为网信犯罪行为的目标。如手机支付系统、ATM和网银转账一般因为没有外部干涉,所以成为受骗资金顺利划拨的主要途径。^[52]

[47] 参见陈伟、宋坤鹏:《个人信息依托型电信诈骗犯罪联防共治模式探究——基于某省400份判决书的实证分析》,载《犯罪研究》2020年第2期,第46页。

[48] 参见王亚林、何素军、鲁海军:《电信诈骗犯罪中下游犯罪的认定》,载《人民司法(应用)》2018年第7期,第28页。

[49] 参见肖军、洪珊珊、林曦:《非接触性犯罪产业车间化趋势及侦查应变——以电信诈骗案件为视角》,载《中国刑警学院学报》2020年第1期,第22页。

[50] 参见奚山青、黄翀:《论电信诈骗外围帮助共犯的主观认定》,载《上海公安学院学报》2019年第4期,第48页。

[51] 参见韩晋、刘钰:《电信诈骗的可罚性重构与教义学展开》,载《黑龙江社会科学》2018年第6期,第38页。

[52] 参见殷明:《电信诈骗案件受害人的实证研究——基于受害人笔录的量化统计分析》,载《中国刑警学院学报》2017年第3期,第62页。

第四,在“杀猪盘”式网信犯罪中,直接行为人按照组织的统一话术模式进行营销活动,其行为的不法属性往往难以评价。网信犯罪具有不同于传统犯罪的特征,如手段多样性、后果严重性、参与主体的广泛性等等。特别是,网信犯罪行为具有极高的欺骗性和隐蔽性。当前,网信犯罪已经进一步生活化、日常化、长期化;犯罪行为人往往改变了过去冒充司法人员、银行工作人员等给受害人打电话催款的方式,而是更多通过营销手段、恋爱手段与被害人建立信任关系,进而实施诈骗行为。对此,很多受害人浑然不觉,即便在案发之后也很难意识到自己受骗上当。^[53]当前在互联网网络诈骗案件中,利用网恋等情感诱骗手段与定制话术相结合的“杀猪盘”式诈骗不仅手段新奇,而且犯罪成功率高,具有相当典型的欺骗性和危害性。其方式被设计为三步:第一步,“找猪”,即寻找潜在受害者;第二步,“喂猪”,即通过网恋建立情感关系;第三步,“杀猪”,即实施诈骗。^[54]“杀猪盘”诈骗的实现主要依靠语言技术诱导被害人做出上当受骗的决策。所以话术推销是“杀猪盘”式网信犯罪的主要手段。在类似“话术”推销案件中,话务员一般是按照公司内部统一的话术向客户推销产品。话术内容包括冒充身份,推销产品,如壮阳、丰胸或者减肥保健品。但是,话务员对于所推销的产品品质及其功效往往并不知晓。^[55]

总之,在网信犯罪的司法适用层面自然出现了如下一些主要变化:其一,行为片段化导致构成要件行为的相对独立性,每个人按照事先计划好的人物和分工实施特定内容的工作,由于构成要件行为经过了切片处理,所以其社会性质和法律属性更加模糊,具体行为人对其在某个环节的行为具有何种法律属性未必知晓,对于一些仅仅将其当作混饭手段的具体行为人而言,他们甚至懒得知晓;其二,在直接行为人和幕后操纵者之间,因为公司化的运作方式,他们的意思联络是以组织命令或者分工责任的方式片面下达、间接形成的,如果不能通过共同犯罪模式处理行为人,就意味着部分人特别是幕后的组织者或者支配者可能逃避刑罚处罚,从而无助于刑罚一般预防效果的实现;其三,即便可以根据共同犯罪模式确定行为人的不法行为,但是考虑到当前平台经济发展的实际影响和网信犯罪参与人数较多的实情,最终如何合理处理犯罪参与者也是司法者不得不慎重考虑的问题。

从整体上看,奉行积极的预防主义观念是有必要的。但是,如果在司法实践中无条件地运用该观念,则未必符合责任评价的真谛。如后将述,从归责的路径上看,我们不仅应该注意到行为人为行为时的具体情境,同时还应考虑外部环境。从外部环境看,网信犯罪所涉及的原因复杂:如业务管理机制不健全、行业制度水平不高、行业准则不完善;再如安全防范措施不到位、内控制度松懈、监管滞后;还如犯罪成本低、作案工具简单、网络技术发展快等。以上种种因素为网信犯罪提供了便利,导致犯罪手段多样化、隐蔽性强。

从更深层次的社会原因看,还有一些“逆社会公平”的因素值得司法者关注:一是前端行为人处于网络系统的劣势地位。在网络平台经济中,貌似信息很透明,其实不然,对于大多数生产者来说,因为平台完全掌握话语权,所以他们不得不动接受平台的一些不公平条款,成为社会竞争的劣势参与者。^[56]二是平台的垄断行为束缚了前端行为人的行为自主性。当平台达到垄断后,对大量聚集在平台上的小企业、消费者和劳动者产生了巨大且无法摆脱的影响,甚至引起公平与效

[53] 见前注[51],韩晋、刘钰文,第38页。

[54] 参见叶洪、段敏:《“杀猪盘”网络诈骗行为的个案分析与仿真实验研究》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2020年第5期,第11页。

[55] 参见冯昌波:《话务员利用“话术”诈骗的主观故意和刑事责任认定》,载《中国检察官》2018年第4期(下),第61页。

[56] 参见刘蕾:《平台经济模式及监管难点与创新监管对策》,载《技术经济与管理研究》2021年第4期,第30页。

率问题。基于算法的平台对劳动者的支配更为隐蔽,大数据垄断加剧了劳资关系的不平等。如很多求职者只能成为被系统驱使的网约配送员,为了在限定时间内完成订单,在马路上高速骑行,形成交通隐患,他们的交通违规行为形成的负面影响并非局限于平台企业内部,还外溢到社会形成负外部性。^[57] 总之,可以说,在网信犯罪中,前端行为人具体行为的不法性质往往是不可否定的,但这绝非对其进行处罚的简单根据。积极的一般预防主义也无法通过对每个行为人的处罚预防其他行为人不实施此类犯罪。所以,积极的一般预防主义主要对象应当是那些在幕后进行操纵和支配的首要分子,而不是前端行为人。相反,对于前端行为人,应结合其实际情形给予必要的宽恕。

(二) 网信犯罪中存在期待不可能性事由

责任评级并不意味着行为人仅仅因为其实行了不法行为就要承担责任。根据机能责任论的立场或者实用主义的观点,“刑罚并不足以重建正义的抽象意义,刑罚即使不是在一定意义上以‘技术手段’培养更优秀的公民,原本也应当具有更长远的道德感化或者道德复原的目标”。^[58] 这样的目标无法在道义报应的刑罚观念下实现。积极的一般预防主义观念建立在公民自觉参与法律实践的基础之上,虽然我们难以希冀用交谈责任论提供必要保证,但是至少在机能责任论的框架下还是应当对公民提出法律忠诚的期望。在此基础之上,法律规范与公民之间并非二元对立;法律规范的创制与实施都应在公民行动的一般性情境中进行。所以,在归责时如果不能注意个人所处的境遇,将责任完全分配给犯罪人,这“是将过错定位在了错误的地方”。^[59] 而关注不公平的社会环境无疑会削弱个人责任观念,但它并不会削弱一般积极预防的实现。

1. 前端行为人作为从犯的宽宥根据

与传统犯罪不同,网信犯罪具有平台化趋势。网络信息是海量的,而且其中充斥着各种杂质,这很容易导致信息不对称和失真,因此网络受众很难对网络信息进行有效甄别,且容易为之所诱惑。结果,经过包装的网络信息经常能如愿以偿。网络信息的包装方式很多,我们难以穷尽。例如,改造信息发布主体的形象,或者将发布者的动机和目的进行淡化处理,将直接信息进行片段化处理,又或者在网络信息中添加具有诱惑性的内容等等。要做到这一点,就必须改变传统的营销模式。具体手法如招募年轻人作为信息发布者,最终的信息发布者则退隐到行为末端,成为信息发布的支配者和组织者。后者让前端信息发布者与潜在的客户进行对话,在心理上培养感情,之后找借口推销产品。

一旦司法机关认定该经营模式涉罪,就会有几十甚至上百参与者成为行为主体。如果将所有行为人都缉拿归案的话,社会影响并不佳,而且羁押场所也将不堪重负。司法机关通常的做法是,对部分或者大部分参与者作为从犯从轻发落。这种做法固然值得肯定,但是作为从犯从轻发落的前提是这些人的行为构成了共同犯罪,他们一旦背负了罪名,今后将会因为《刑法》第37条之一的职业禁止规定,承受更广泛的处罚后果,近亲属也会因为其犯行在升学、就业的某些方面受到波及。

当前的普遍性处理方法是值得商榷的。其一,将这些行为人作为从犯的法理依据并不凸显。无疑,从犯要么是起到次要作用的实行犯,要么是帮助犯。网信犯罪经由行为结构的改造,将诸多参与者置于行为前端,他们无疑是行为人。其二,如果仅仅根据行为产生的后果,如按照犯罪所得进行确定,并不可靠。例如在推销过程中,因为所针对的客户心理、能力不一样,甲偶尔一次推销

[57] 参见郎唯群:《平台经济的公平与效率——以外卖骑手为例》,载《社会科学动态》2021年第4期,第43—44页。

[58] [英] 艾伦·诺里:《刑罚、责任与正义:关联批判》,杨丹译,中国人民大学出版社2009年版,第151页。

[59] 同上注,第156页。

就完成了10万元的推销任务;乙花了较长时间跟踪数名客户,最后也只完成5万元的推销任务。如果根据行为人所得数额大小将甲认定为主犯,将乙认定为从犯,显然不合理。所以在认定主犯和从犯的过程中,还应当参考责任共犯理论,运用非难可能性大小评价之。其三,在机能责任论之下,责任故意或过失、责任能力缺乏有效评价的可能性,所以可以为司法机关提供指导的主要是其他责任要素。根据一般理论,其他责任要素就是行为人从事适法行为的期待可能性,即期待可能性论有助于实现“区别对待,宽严并用”的刑事政策。

2. 行为人存在行为违法性认识难度增大的宽宥根据

网信犯罪是从现实生活场景出发,经过生活化改造,其行为的违法性被刻意淡化了。经过十余年的发展,网信犯罪所使用的资源越来越多,渠道的隐蔽性越来越强,不仅给司法的查处带来很大困难,而且也增加了行为违法性认识的难度。有学者认为,对互联网金融犯罪,有必要从规制和风险两个角度来予以认识和判断犯罪和行政违法的界限。^[60]从反面看,网信犯罪违法性认识具有不同于常规之处,可以认为,传统的违法性认识理论对于网信犯罪的实用性可能流于失效,无法承担起责任阻却的重任。

营销诈骗行为中增添情感因素是网信犯罪的重要特点。如在唐某诈骗案中,^[61]前端行为人以漂亮单身女性身份,在微信朋友圈和微信聊天过程中虚构身世悲惨、懂事孝顺、富有爱心、楚楚可怜的女孩形象,在充分博取被害人的同情和好感后,继续虚构“继承茶庄需要冲业绩”“囤货需要押金”“闺蜜父亲住院急需用钱”等紧迫情况,以请求帮忙为由骗取被害人购买产品或直接发微信红包、转账,后以邮寄低价茶叶、土特产等产品伪装成推销假象来实施诈骗。这种手法和传统基于对价关系进行的诈骗有很大差别:一是行为具有感情诱惑,但考虑到网络风险很大,作为受害者也应自我设定生活义务,提高自控风险的能力;二是一些营销行为具有对价物,问题仅仅在于对价物是否达到了相应品质;三是以感情欺骗的方式进行诈骗,过去也有不作为犯罪处理的情况,如打着婚恋的幌子索要财物的情况较多,对此司法机关的意见很不一致。司法机关的意见不一致意味着社会认识的混乱,据此,前端行为人自然难以理解这类行为的社会性质。

违法性认识是期待可能性的前提,如果违法性认识程度下降,行为人的期待可能性自然降低。故此,对于网信犯罪中行为违法性色彩被人为淡化的场合,不宜以一般违法性认识或者道德的评价取代刑法中的违法性评价。特别是,前端行为人本着“一个愿打,一个愿挨”的心理,向行为对象推销商品的情况比较复杂。在此场合违法性认识被淡化的根据,一是存在真实交易,二是交易具有一定合理性。如推销产自名品地的茶叶或者家庭酿制的白酒,即便没有按照市场价格,但只要该价格没有明显低于同类著名产品,且推销时没有假冒他人的商品,就不足以认为行为人实施了诈骗。除非其产品价高质次,则可以考虑是否构成生产、销售伪劣产品罪。在这类场合,要充分考虑到行为人的社会阅历,有些涉世不深、社会阅历不丰富的人其实很难把握所推销产品的品质。此时如果仅仅采取专家鉴定而忽视一般人的评价,未免会扩大行为人的责任范围。

3. 前端行为人存在生活压力的宽宥根据

在网信犯罪中,参与者往往学历低,处于无业状态。如在谭某菲诈骗案中,行为人谭某、黎某分别为大专文化与中专文化。^[62]在王某诈骗案中,十三名被告人学历最高为大专,最低则为小

[60] 参见时延安:《互联网金融行为的规制与刑事处罚》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期,第106页。

[61] 参见浙江省永康市人民法院刑事判决书,(2020)浙0784刑初612号。

[62] 参见广东省英德市人民法院刑事判决书,(2020)粤1881刑初374号。

学,其中三人介绍了职业,分别为营销员、网约车司机、补习班教师等并不稳定的职业。^[63] 在鲁某某上诉案中,12名上诉人学历最高为高中或中专,大部分为初中,而且全部系无业人员。^[64] 与之相似,在刘某诈骗上诉案中,10名上诉人最高学历为高中或中专,其余大部分为初中,且全部系无业人员。显而易见,这些人由于普遍缺乏劳动技能,通过常规方法寻求工作必然十分困难,而且其案发地与其户籍地往往不一,这表明行为人通常处于异地打工或者谋生的状态,其生活压力必然沉重。平台的低成本、低技能、开放式营销方法既能吸引他们,也能满足其基本生活之需要。

“生存是人类的第一需要。”^[65] 基于这个道理,当司法人员根据积极的一般预防刑罚观对案件进行处理时,必须注意到,前端行为人在社会生存方面所面临的不利情势。当前,在异地求业的青年普遍面临的情势是,为所在城市社区所排斥,与城市的融合性较差,加上社会教育、社会保障体系不健全,导致他们很容易走上违法犯罪道路。^[66] 大多数前端行为人学历层次较低。这些学历层次低的普通侵财案件的犯罪人群体,在劳动力市场的竞争力必然不如高学历群体,其在就业市场处于劣势地位,现实中往往处在低收入、不稳定的生活状态。网信犯罪的行为人主要处于务工、务农或者无业状态,该类群体中的少数人则会为缓解经济压力而剑走偏锋地去实施犯罪行为。^[67]

犯罪受环境影响,如果环境对行为具有决定性影响,在该环境下期待可能性必然降低或者丧失。在网信犯罪中,还有很多刚刚毕业、思想单纯且涉世不深的学生(无论是大学生、中专生还是其他类型的学生),对此,应该从宽严相济刑事政策的要求出发,打击幕后组织者,宽大前端行为人。对前端行为人,要结合其家庭情况,充分考虑其有无就业的现实压力。对于家庭较为贫困,行为人有就业的客观需求,但确实不容易就业的,因为误入歧途而参加网信犯罪并实施前端行为的,应该认定其缺乏期待可能性,或者期待可能性较小,从而免责或者减轻责任。

4. 前端行为人受到平台外部支配的宽宥根据

平台的合规现状也影响到行为人的选择,从而对行为人的期待可能性产生影响。对于已参加工作,但因为平台制度苛刻,工作环境很差,行为人并不容易找到其他工作的;在工作中因为执行组织或者上级命令而犯罪的;或者因为组织制度苛刻,与上级或者同事之间发生矛盾,且上级或者同事过错明显而实施犯罪的,应认定其期待可能性降低。

前端行为人为平台所支配,缺乏充分的自主选择能力也是值得重视的问题。实践中,前端行为人的解困方式只有辞职。为了维持生计,增加收入,一些前端行为人就不得不按照幕后组织者的要求行事,在出现心理落差时,还可能实施一些违规或者犯罪行为。如当工作任务和收入达不到心理预期时,快递员通过身兼多职来增收,并向雇主隐瞒其他劳资关系。快递员身兼多职不在少数。为了获得额外收益,甚至有快递员倒卖快递物件。^[68]

有些人可能责怪前端行为者,认为他们参与犯罪的原因是他们之前不够努力。其实并非如此,因为网络和大数据对传统生产方式具有极大的破坏性。其带来的必然结果是,众多困于网络

[63] 参见浙江省金华市婺城区人民法院刑事判决书,(2020)浙0702刑初23号。

[64] 参见湖北省汉江中级人民法院刑事裁定书,(2020)鄂96刑终222号。

[65] 胡玉鸿:《习近平法治思想中生存权理论研究》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期,第29页。

[66] 参见张梅:《城市外来务工青年的生存现状、问题及对策分析——以菏泽市牡丹区为例》,载《经济研究导刊》2012年第21期,第137页。

[67] 见前注[47],陈伟、宋坤鹏文,第44页。

[68] 参见帅满:《快递员的劳动过程:关系控制与劳动关系张力的化解》,载《社会发展研究》2021年第1期,第44—46页。

平台系统的劳动者越是勤勉工作,大数据资源化的特征越是凸显,信息不对称程度在劳动者与平台所有者之间越是表现得淋漓尽致,劳动异化的程度也越高。没有掌握先进技术的“工人降低为商品,而且降低为最贱的商品”。^[69]网络与信息发展催生了平台经济,但平台经济对社会实体经济的影响是破坏性的,点对点的即时网络零售将更多人吸引到平台经营中去,过往的商圈遭受重大打击,许多实体店关闭,甚至地摊经济也被“割韭菜”。越来越多的人不得不依附于网络平台。资本的操纵也向一些人抛出了难以抗拒的幻象。如很多年轻人一方面面临找工作不顺利的困境,另一方面又看到周围很多的同龄人出入高端场所,过着吃喝不愁的生活,因此也纷纷加盟平台。这种形式上合法的“幻象”对于大多数人而言都是无法抗拒的诱惑。

总之,人是社会的产物,如果刑法实践依旧停留于心理责任论的境地,就注定会将犯罪视为人的自主选择的结果,而丝毫看不到人在庞大的社会机制面前的窘迫情景,从而无法理解现代技术给人们的行为造成的影响,也注定会沦为报复性或者威吓性的手段。在此背景下,期待可能性论无疑有助于消解积极的刑罚预防主义背后的“狂热”因素。

Abstract The theory of anticipated possibility and the preventive view of punishment are two theories of criminal law with different categories and different functions, and the two have a combined trend. The problem of excessive criminal law caused by the active concept of prevention of criminal punishment needs to be limited by the application of the theory of responsibility. The theory of responsibility is also moving in the direction of functionalization. Anticipating possibilities is at the heart of modern responsibility theory. As an upgraded version of the normative responsibility theory, in its theoretical framework, the status of the concept of expected possibility, has been limited, but not completely denied, and it has been proposed as a basis for determining the actor's attitude towards the law. The possibility of expectation still has the value of a reasonable evaluation of criminal law, and positive general preventivism itself does not exclude the possibility of expectation; on the contrary, the theory of the possibility of expectation should be used to correct the shortcomings of the general concept of prevention in expanding the scope of attack in practice. Our legislation provides the necessary space for the use of the theory of the possibility of expectation to condone offenders, but it is not scientific for current textbooks to treat the impossibility of expectation as a not-guilty event. Only by identifying the theory of anticipatory possibility in the context of criminal responsibility can the two evaluative functions of the theory of anticipatory possibility be effectively maintained. The handling of cyberspace crimes can further verify the rationality of this theory.

Keywords Anticipated Possibility, Functional Liability Theory, General Positive Preventivism, Criminal Liability Category, Internet Information Crime

(责任编辑:陈可倩)

[69] 见前注[57],郎唯群文,第41页。